

University of Groningen

## Rechterlijke toetsing van Europese vervolgingsbeslissingen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel

Geelhoed, Pim

*Published in:*

Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Geelhoed, P. (2017). Rechterlijke toetsing van Europese vervolgingsbeslissingen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. In B. J. G. Leeuw, F. P. Ölcer, & J. M. ten Voorde (editors), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht* (blz. 89-107). (E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek; Vol. 279). Boom Juridisch.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

## 5 | Rechterlijke toetsing van Europese vervolgingsbeslissingen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel

*Pim Geelhoed* •

### 5.1 INLEIDING

Sinds de zomer van 2013 wordt er onderhandeld over de oprichting van een Europees Openbaar Ministerie (hierna: EOM), op de rechtsgrondslag van artikel 86 VWEU.<sup>1</sup> Deze instelling zal als taak krijgen om gevallen van EU-fraude op te sporen en te vervolgen. Veel juridische vraagstukken die hiermee gepaard gaan zijn nog onopgelost, maar in ieder geval is duidelijk dat het Verdrag een EOM voor ogen heeft dat vervolgingen instelt voor de nationale rechtbanken en niet voor een Europese strafrechter. Waarschijnlijk zullen niet alle lidstaten deelnemen aan de oprichting, maar in de lidstaten die dat wel doen zal het EOM zich voor zijn handelingen moeten verantwoorden tegenover rechtbanken die elk hun eigen nationale recht moeten toepassen. Leidt dit tot een uniform Europees vervolgingsbeleid voor strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie schaden? Of is de organisatie zodanig versnipperd dat er verschillen optreden in de beslissingen die worden genomen? Ongetwijfeld zal er veel worden geïnvesteerd in de kwaliteit van de besluitvorming, maar de ervaring leert dat elk OM wel eens beslissingen neemt die het beter niet had kunnen nemen. Het kan toezeggingen doen waarop het later terugkomt, zich niet houden aan beleid dat het eerst voor zichzelf heeft uitgestippeld, of verdachten op ongerechtvaardigde wijze ongelijk behandelen. Gelukkig is het zeldzaam, maar het komt zelfs voor dat een OM zijn bevoegdheden inzet voor andere doeleinden dan waarvoor ze gegeven zijn of om onbegrijpelijke redenen overgaat tot het instellen van vervolging. In de nationale strafrechtsplegingen is het redelijk uitgekristalliseerd hoe met deze problematische vervolgingsbeslissingen wordt omgegaan. Maar hoe zullen de rechters in de lidstaten reageren wanneer het EOM zulke vervolgingsbeslissingen neemt?

---

■ W. Geelhoed was tot 1 april 2016 universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden. Thans is hij universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit te Groningen. De auteur dankt prof. dr. M. Lindemann (Universität Bielefeld) voor zijn hulp; eventuele gebreken blijven voor rekening van de auteur.

1 Op basis van het voorstel van de Europese Commissie: Voorstel voor een Verordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie, COM(2013) 534 (hierna: Commissievoorstel).

Van belang daarbij is dat het EOM in zijn werk wordt vertegenwoordigd door Europese gedelegeerde officieren van justitie; dat zijn officieren van justitie van de lidstaten aan wie ook een Europese taak wordt toebedeeld. De nationale rechtbanken worden daardoor geconfronteerd met officieren van justitie die zowel een nationale als een afwijkende, Europese signatuur hebben. Het voornaamste verschil zal zijn dat de Europese gedelegeerde officieren van justitie gebonden zijn aan de regels van de oprichtingsverordening, en daarmee aan andere of aanvullende normen dan de normen die gelden voor nationale officieren van justitie. In de oprichtingsverordening zal weinig geregeld worden over de toepasselijke strafbaarstellingen, noch over de opsporingsbevoegdheden die het EOM kan uitoefenen. Wel worden daarin bepalingen opgenomen over de vervolgingsbeslissing. Op dat punt wijkt de verordening bovendien duidelijk af van in ieder geval het Nederlandse recht, bijvoorbeeld omdat slechts in bijzondere situaties mag worden geseponeerd. Rechterlijke toetsing van het handelen van het EOM in de opsporing en bij de vervolging moet echter plaatsvinden alsof het EOM een nationale instelling is. Daarbij moet vooral nationaal recht worden toegepast door de nationale rechter, en slechts in uitzonderingsgevallen is rechterlijke toetsing door het Europese Hof van Justitie voorzien. De fictie dat het EOM voor doeleinden van rechterlijke toetsing moet worden gezien als een nationaal orgaan roept enkele vragen op. In het onderstaande wil ik belichten welke vragen er kunnen worden gesteld ten aanzien van een beperkt onderwerp, namelijk de maatstaven voor rechterlijke toetsing van positieve vervolgingsbeslissingen van het EOM.

## 5.2 PROBLEMATISCHE UITGANGSPUNTEN

Ten eerste kan de vraag worden gesteld in hoeverre het EOM überhaupt beleidsvrijheid bezit. Kan het beslissen tot niet-vervolging, in welke gevallen is dat mogelijk, en kunnen daaraan ook voorwaarden worden verbonden? In hoeverre kunnen transacties worden aangeboden? Welke beleidsvrijheid is er omtrent de forumkeuze? En dienen er ten aanzien van al deze beslissingen beleidsregels te worden geformuleerd? Deze vragen blijven hier onbesproken, omdat deze nogal afhankelijk zijn van de uiteindelijke regeling in de oprichtingsverordening en ze elders al aan de orde zijn gesteld.<sup>2</sup> Voor nu kunnen we ervan uitgaan dat het EOM wel enige beleidsvrijheid zal bezitten,<sup>3</sup> en dat de beslissingen die het neemt bij de invulling van die beleidsvrijheid in potentie marginaal

2 W. Geelhoed, 'Beleidsvoering door het Europees Openbaar Ministerie', *Orde van de dag* 2014-1, p. 89-96.

3 Zoals bijvoorbeeld blijkt uit de regeling die het EOM in staat stelt om zaken waarin de schade aan de Unie minder dan 100.000 euro bedraagt, onder omstandigheden over te laten aan de nationale vervolgingsautoriteiten (zie Raadsdocument 12774/16 REV 2, artikel 28a lid 2a).

zouden kunnen worden getoetst door de nationale rechter waarvoor het de zaak aanbrengt.

Of er een rechter is die tot het uitoefenen van toezicht zal overgaan is echter een volgende vraag. Niet alleen de nationale rechter zou dat kunnen doen, maar ook de Europese. Het is dus ook nog de vraag welk college met die toetsing belast zal worden. Volgens de fictie dat het EOM een nationaal orgaan is, zou het primair onderworpen moeten zijn aan toezicht door de nationale rechter. Maar kan in een verordening wel worden afgeweken van de algemene regeling in het EU-recht dat tegen de geldigheid van rechtshandelingen van Europese organen beroep openstaat bij het Hof van Justitie? Als daarvan niet kan worden afgeweken, zouden de handelingen van het EOM op de grondslag van artikel 263 VWEU kunnen worden aangevochten, waarschijnlijk bij het Gerecht.<sup>4</sup> Uit de onderhandelingen blijkt vooralsnog dat de lidstaten niet erg happig zijn om het Hof van Justitie het optreden van het EOM te laten toetsen. Slechts voor specifieke beslissingen is een beroepsmogelijkheid bij het Europese Hof van Justitie voorzien.<sup>5</sup> Het gaat hierbij vooral om beslissingen waarbij niet in alle lidstaten is voorzien in een rechterlijke toetsingsmogelijkheid, bijvoorbeeld sepotbeslissingen. Hieronder valt in ieder geval niet de beslissing om vervolging in te stellen, omdat die beslissing per definitie betekent dat een rechter in de zaak wordt betrokken. Hierdoor wordt dus de bevoegdheid voor nationale rechters om de beslissing tot het instellen van een vervolging te toetsen niet aangetast, en kan er hoogstwaarschijnlijk geen Europese rechter worden aangezocht in een direct beroep op basis van artikel 263 VWEU tegen een beslissing tot vervolging. Dat neemt niet weg dat het Hof van Justitie wel prejudiciële vragen kan ontvangen over de interpretatie van de EOM-verordening en over de geldigheid van de handelingen van het EOM.<sup>6</sup> Dat zou in beginsel ook kunnen betekenen dat de nationale rechter een prejudiciële vraag stelt over de geldigheid van een beslissing tot het instellen van vervolging door het EOM, wanneer in de nationale procedure wordt geklaagd dat de beslissing Unierecht schendt. Uiteindelijk zal de nationale rechter het antwoord van het Hof van Justitie in acht moeten nemen bij zijn beslissing. De hoofdregel blijft echter dat de nationale rechter belast is met de toetsing van het optreden van het EOM, zoals dat plaatsvindt voorafgaand aan het uitbrengen van de dagvaarding, en zeker voor zover het de beslissing tot het instellen van vervolging zelf betreft.<sup>7</sup>

Een volgende vraag waar ik me vooral op wil richten, is welke toetsingsruimte de nationale rechter heeft bij de toetsing van de beslissing tot vervolging

---

4 Zie hierover bijvoorbeeld A.W.H. Meij, 'Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review', in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij & M. Pawlik (red.), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2015, p. 101-119.

5 Zie Raadsdocument 10830/16, artikel 36 lid 3.

6 Raadsdocument 10830/16, artikel 36 lid 2.

7 Raadsdocument 10830/16, artikel 36 lid 1 en voetnoot 56.

zelf en welke maatstaven hij daarbij moet hanteren. Er zijn daarbij drie mogelijkheden: ofwel de rechter gebruikt voor die toetsing zijn eigen nationale maatstaven, ofwel hij hanteert Europese standaarden, of hij gebruikt maatstaven die een gemengd karakter bezitten. Als alleen nationale standaarden worden gebruikt, wordt de vervolgingsbeslissing van het EOM, althans voor zover het Nederland betreft, getoetst aan zijn verenigbaarheid met de beginselen van een goede procesorde. Als Europese standaarden worden gebruikt, zou de Europese vervolgingsbeslissing bijvoorbeeld kunnen worden getoetst aan beginselen van Unierecht, of aan andere uitgangspunten van Europees recht. De derde mogelijkheid zou leiden tot een combinatie van beginselen van een goede procesorde en Europese rechtsbeginselen als toetsingskader voor de vervolgingsbeslissingen van het EOM.<sup>8</sup>

Ten aanzien van sommige problematische vervolgingsbeslissingen zou de introductie van beginselen van Unierecht als toetsingsmaatstaf een verruiming van de toetsingsbevoegdheid van de rechter kunnen betekenen. Dat lijkt met name te verwachten bij het gelijkheidsbeginsel: Nederlandse rechters gaan daar zeer terughoudend mee om, terwijl andere uitkomsten kunnen worden verwacht wanneer gelijkheid mede in Europees licht wordt gezien. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit zou daarbij een belangrijke versterking van het gelijkheidsbeginsel kunnen betekenen.

Het kan ook interessant zijn de blik te richten op de maatstaven die rechters in andere EU-lidstaten gebruiken om vervolgingsbeslissingen te toetsen. Misschien bestaan er overeenkomsten in de manier waarop die toetsing aan nationale maatstaven in de verschillende EU-landen plaatsvindt. Gezien de grote verschillen tussen de lidstaten in de beleidsvrijheid waarmee vervolgingsbeslissingen worden genomen, lijkt het waarschijnlijk dat de omvang van rechterlijke toetsing sterk uiteenloopt. Wanneer er echter wel overeenkomsten te zien zijn zouden deze eventueel door het Hof van Justitie als leidraad kunnen worden genomen voor het opstellen van Europese maatstaven voor de rechtmatigheid van de vervolgingsbeslissing. Dat geldt uiteraard alleen als het Hof van Justitie zich op de een of andere manier kan uitspreken over vervolgingsbeslissingen van het EOM, omdat zich anders nooit een dergelijke jurisprudentie kan ontwikkelen. Bovendien is het vanuit gelijkheidsperspectief van belang om te bezien hoe door andere nationale rechters de vervolgingsbeslissing wordt getoetst, omdat dat relevant kan zijn wanneer een enkel opsporingsonderzoek met verdachten uit meerdere lidstaten in die lidstaten op uiteenlopende wijze wordt afgedaan.

In het onderstaande worden ten eerste enkele opmerkingen gemaakt over de Europese regeling voor de vervolgingsbeslissing zoals die wordt voorgesteld

8 Zie over de mogelijke relevantie van de beginselen van Unierecht voor de strafrechtspleging in de EU: J.A.E. Vervaele, 'Criminal Law and General Principles of Union Law', in: J.A.E. Vervaele (red.), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 131-155.

in de oprichtingsverordening. Ten tweede wordt geïnventariseerd welke (gemeenschappelijke) kenmerken te zien zijn in de maatstaven die strafrechters in enkele lidstaten (Nederland, Duitsland, Frankrijk en Engeland en Wales) aanleggen bij de toetsing van vervolgingsbeslissingen. Het Engelse recht kent een ruime beleidsvrijheid, terwijl het Duitse recht juist een vervolgingsverplichting als uitgangspunt neemt. Hoewel het Franse recht een opportuniteitsbeginsel kent, wordt dat minder vergaand geïnterpreteerd dan in Nederland. Ten derde wordt specifiek de aandacht gericht op het gelijkheidsbeginsel, waarbij zowel de rechtspraak uit de vier genoemde lidstaten een rol speelt, als de rechtspraak van het Hof van Justitie.

### 5.3 DE EUROPESE VERVOLGINGSBESLISSING

Een beschouwing over rechterlijke toetsing van vervolgingsbeslissingen vereist allereerst een beeld van de vervolgingsbeslissing zelf. Wat het EOM betreft, is de vervolgingsbeslissing één van de weinige onderwerpen waarvoor een eigen Europese regeling te verwachten valt. Weinig andere thema's worden in de voorgestelde verordening uitputtend geregeld, hetgeen te verklaren zou kunnen zijn vanwege politieke aarzelingen. Er worden bijvoorbeeld vrijwel geen materieelrechtelijke voorzieningen getroffen:<sup>9</sup> de strafbaarstellingen waarvoor het EOM competent zal zijn worden geharmoniseerd bij een afzonderlijke richtlijn.<sup>10</sup> De opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen die het EOM in zijn taakuitoefening zal moeten kunnen aanwenden, worden niet of nauwelijks in de verordening geregeld, maar onder enkele randvoorwaarden overgelaten aan het nationale recht.<sup>11</sup> De belangrijkste thema's die wel in de verordening zullen moeten worden geregeld betreffen de structuur van het EOM,<sup>12</sup> de benoeming en ontslag van de leden ervan<sup>13</sup> en de wijze van beslissen omtrent vervolging van concrete zaken.<sup>14</sup> De vervolgingsbeslissing is daarmee vrijwel het enige strafvorderlijke onderwerp dat een eigenstandige Europese regeling verkrijgt.

Met betrekking tot de inrichting van de Europese vervolgingsbeslissing lijkt het erop dat er als uitgangspunt een vervolgingsverplichting zal gelden.<sup>15</sup>

---

9 Behoudens regelingen over zaken die onlosmakelijk verbonden zijn met zaken die binnen de bevoegdheid van het EOM vallen: Raadsdocument 10830/16, artikel 17.

10 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt, COM(2012) 363.

11 Vergelijk artikel 26 van het Commissievoorstel met artikel 25 van Raadsdocument 10830/16.

12 Raadsdocument 10830/16, artikel 7-12.

13 Raadsdocument 10830/16, artikel 13-15.

14 Raadsdocument 10830/16, artikel 19-20, 22-22a, 28a-30.

15 Commissievoorstel, overwegingen 20 en 31; sepotgronden zijn limitatief opgenomen in Raadsdocument 10830/16, artikel 33.

Daarop zijn echter uitzonderingen voorzien. Sepots zijn mogelijk in bepaalde, nauw omschreven gevallen, zoals bij verjaring, ne bis in idem, de dood van de verdachte en het ontbreken van voldoende bewijs.<sup>16</sup> Daarnaast is er een regeling voorzien voor transacties.<sup>17</sup> Bij de keuze tussen dagvaarden en transigeren dient het EOM drie gezichtspunten in acht te nemen: de ernst van het feit, de bereidheid van de verdachte de schade te vergoeden en de verenigbaarheid van een transactie met de algemene doelstellingen en uitgangspunten van het EOM zoals deze in de oprichtingsverordening zijn opgenomen.<sup>18</sup> Dat laat veel ruimte voor keuzes, en daarom is het ook niet verbazingwekkend dat het EOM over de invulling van de transactiebevoegdheid interne beleidsregels moet opstellen.<sup>19</sup> Een ander voorbeeld van op te stellen beleidsregels betreft de keuze om de vervolging van minder ernstige feiten over te laten aan het nationale OM.<sup>20</sup> Nog onduidelijk is of de interne beleidsregels ook zullen worden gepubliceerd. Wanneer daartoe wordt overgegaan is het uiteraard de vraag of verdachten daaraan rechten kunnen ontleen. Daarnaast zal het EOM door middel van jaarverslagen verantwoording afleggen over het gevoerde beleid.<sup>21</sup> De Europese vervolgingsbeslissing heeft met deze regeling een weinig eenduidig karakter: er zijn wel aanknopingspunten die wijzen op een vervolgingsverplichting, maar daarop worden aanmerkelijke uitzonderingen gemaakt die mogelijk ruimte laten voor uitdrukkelijke beleidsvoering. Er lijkt vooral ruimte te zijn voor transacties en voor verwijzingen naar het nationale OM, en minder voor onvoorwaardelijke sepots.

Terwijl er in de oprichtingsverordening een eenvormig model van de vervolgingsbeslissing wordt uitgewerkt, geldt dat echter niet voor de controle op die vervolgingsbeslissing. Daarvoor werd oorspronkelijk door de Commissie het uitgangspunt gekozen dat uitsluitend de nationale rechter bevoegd zou moeten zijn, die ook nationaal recht zou moeten toepassen.<sup>22</sup> Inmiddels is veel discussie ontstaan over de precieze bevoegdheid die het Hof van Justitie zou moeten bezitten, en lijkt het erop dat het Hof voor een aantal beslissingen in directe beroepen bevoegd zal worden. Het gaat daarbij om gevallen waarin niet in alle lidstaten eenvoudig een bevoegde nationale rechter zal kunnen worden gevonden, zoals sepotbeslissingen.<sup>23</sup> Daar hoort echter niet de beslissing tot het instellen van vervolging bij.<sup>24</sup> Of rechterlijke toetsing daarvan mogelijk is blijft een zaak voor het nationale recht. Het Hof van Justitie zal wel bevoegd zijn om prejudiciële vragen te beantwoorden met betrekking tot

---

16 Raadsdocument 10830/16, artikel 33.

17 Raadsdocument 10830/16, artikel 34. Zie ook raadsdocumenten 14447/14 en 7877/15.

18 Raadsdocument 10830/16, artikel 34 lid 2.

19 Raadsdocument 10830/16, artikel 34 lid 2.

20 Raadsdocument 10830/16, artikel 28a lid 2a.

21 Commissievoorstel, overweging 45 en artikelen 5 en 70.

22 Commissievoorstel, overwegingen 36-39 en artikel 36.

23 Zie bijvoorbeeld raadsdocumenten 12907/14, 13302/14, 13732/15, 10266/16 en 10818/16.

24 Raadsdocument 10830/16, artikel 36 lid 3.

de rechtmatigheid van ‘procedurele handelingen’ van het EOM, maar slechts voor zover het gaat om de verenigbaarheid van die handelingen met het Unierecht. Het Hof kan dus slechts maatstaven van Unierecht gebruiken om het processuele optreden van het EOM te toetsen, waarbij het volgens een overweging in de preambule van de oprichtingsverordening gaat om handelingen voorafgaand aan de dagvaarding.<sup>25</sup> Of de beslissing tot het instellen van een vervolging daaronder valt zal moeten worden afgewacht. Bij deze stand van zaken is het dus nog niet zeker of de Nederlandse rechter de vervolgingsbeslissing van het EOM op een zelfde manier zal benaderen als een vervolgingsbeslissing van het Nederlandse OM, of dat ook het Hof mogelijkheden zal krijgen om de EOM-vervolgingsbeslissing te toetsen, zij het slechts op haar verenigbaarheid met het Unierecht. Wanneer die laatste weg geopend zou zijn kan zich uiteraard een bestendige jurisprudentielijn vormen, die de nationale toetsingskaders zou kunnen aanvullen met elementen van Unierecht.

#### 5.4 RECHTERLIJKE TOETSING VAN BESLISSINGEN TOT VERVOLGING IN ENKELE LIDSTATEN

In de meeste Europese landen bestaat de belangrijkste vorm van rechterlijke controle op vervolgingsbeslissingen uit de mogelijkheid voor slachtoffers of andere belanghebbenden om beklag in te stellen tegen beslissingen om niet te vervolgen.<sup>26</sup> Blijkbaar wordt het van belang geacht dat men bij een onafhankelijke rechter kan opkomen tegen een sepotbeslissing. De mogelijkheden voor verdachten om tegen positieve vervolgingsbeslissingen te ageren en een inhoudelijke behandeling te voorkomen zijn veel beperkter. In de meeste landen is de rechtsingangprocedure afgeschaft, afgezwakt of, zoals in Nederland, omgevormd in een bezwaarschriftprocedure.<sup>27</sup> Daarin staat slechts de haalbaarheid van een veroordeling ter discussie, en niet de opportuniteit van de vervolging.<sup>28</sup> De rechter die oordeelt over een bezwaarschrift tegen de dagvaarding kan dit gegrond verklaren omdat de vervolgingsbeslissing in strijd met één van de beginselen van een goede procesorde is genomen en daarom het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard.<sup>29</sup>

25 Deze overweging is terug te vinden in een voetnoot bij artikel 36 lid 1, zoals opgenomen in Raadsdocument 10830/16.

26 A. Novokmet, ‘The Right of a Victim to a Review of a Decision not to Prosecute as Set out in Article 11 of Directive 2012/29/EU and an Assessment of its Transposition in Germany, Italy, France and Croatia’, *Utrecht Law Review* 2016, p. 86-108.

27 W.E.C.A. Valkenburg, *Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding en de kennisgeving van verdere vervolging* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993.

28 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers (bew.), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 614; HR 21 januari 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9188, NJ 1987/663.

29 Art. 262 lid 5 Sv; deze mogelijkheid is door de Hoge Raad ook duidelijk erkend in bijvoorbeeld HR 17 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AD5845, NJ 1986/591, m.nt. ThWvV.



Het wegens een gebrek in de rechtmatigheid van de vervolgingsbeslissing voorkomen van een openbare behandeling behoort daardoor wel tot de mogelijkheden. Voor de buitenwacht zichtbaarder is het wanneer de Nederlandse zittingsrechter beginselen van een goede procesorde gebruikt om de vervolgingsbeslissing te toetsen en eventueel tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie te besluiten.<sup>30</sup> Uitgangspunt daarbij is dat deze toetsing beperkt blijft tot uitzonderlijke gevallen en dat er zware motiveringsvereisten gelden voor het oordeel dat er in strijd is gehandeld met de beginselen van een goede procesorde.<sup>31</sup>

In enkele andere Europese landen zien we vergelijkbare toetsingsmogelijkheden bij de zittingsrechter. Dat is bijvoorbeeld het geval in Engeland en Wales, niet toevallig een rechtssysteem waarin de vervolgingsbeslissing met veel beleidsvrijheid is omgeven. In de *common law* zijn enkele principes ontwikkeld die de uitoefening van de vervolgingsbevoegdheid binnen redelijke grenzen dienen te houden. In de zaak *Kebeline* oordeelde het House of Lords dat er in beginsel beleidsvrijheid geldt in de vervolgingsbeslissing van de Crown Prosecution Service, maar dat er wel rechterlijke toetsing mogelijk moet zijn. Deze toetsing concentreert zich daarbij op gevallen van *mala fides*, *dishonesty* of uitzonderlijke omstandigheden.<sup>32</sup> De vraag bij dergelijke marginale toetsing is steeds of terughoudende rechterlijke controle wel een voldoende tegenwicht biedt tegen de macht van de vervolgingsautoriteiten, die in relatieve beleidsvrijheid maatregelen kunnen nemen, zoals het beslissen tot vervolging, die aanzienlijke inbreuken op de persoonlijke vrijheid betekenen. Om die redenen is de uitspraak in *Kebeline* ook wel bekritiseerd.<sup>33</sup>

In systemen die omtrent de vervolging beduidend minder beleidsvrijheid kennen, ontbreken de mogelijkheden voor rechters om positieve vervolgingsbeslissingen te controleren vrijwel geheel. Dat is bijvoorbeeld het geval in Duitsland, waar de uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel van § 152 StPO wel enige ruimte laten voor de Staatsanwaltschaft, maar onvoldoende om de overtuiging te doen postvatten dat daartegenover een rechterlijke toetsingsbevoegdheid zou moeten bestaan. Deels ligt daaraan een ingewikkelde discussie.

30 Daarover bijvoorbeeld M.J.A. Duker, 'Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter', *Trema* 2010, p. 238-243; M.J.A. Duker, 'Samenhang in buitenwettelijke gronden voor niet-ontvankelijkheid van het OM', *Delikt en Delinkwent* 2013, p. 673-684; Y. Buruma, 'Rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing', *Strafblad* 2015/45, afl. 4, p. 314-322.

31 HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280, NJ 2013/109, m.nt. T.M. Schalken; HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

32 Lord Steyn in *R v. Director of Public Prosecutions, Ex Parte Kebeline and Others*, UKHL 43; [2000] 2 AC 326; [1999] 3 WLR 972; [2000] *Crim LR* 486.

33 A. Ashworth & M. Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 222.

sie ten grondslag over het verschil tussen *Ermessen* en *Beurteilungsspielraum*.<sup>34</sup> Voorgesteld is wel dat rechterlijke toetsing door de zittingsrechter mogelijk zou moeten zijn vanwege het recht op toegang tot de rechter van artikel 19 GG, in gevallen waarin de Staatsanwaltschaft in een beslissing tot vervolging zijn beoordelingsvrijheid zou overschrijden door te handelen in strijd met het verbod van willekeur.<sup>35</sup> Het Bundesverfassungsgericht heeft deze mogelijkheid echter niet willen bieden.<sup>36</sup>

Toch betekent dat niet dat in landen die een opportuniteitsbeginsel kennen altijd marginale rechterlijke toetsing van positieve vervolgingsbeslissingen mogelijk is. Dat geldt bijvoorbeeld voor Frankrijk, waar de beoordeling van de opportuniteit als een uitsluitende bevoegdheid van het Ministère public wordt gezien, die de rechter niet mag overdoen. Volgens het Hof van Cassatie is de zittingsrechter dan ook niet bevoegd om de beslissing tot vervolging te toetsen.<sup>37</sup> Dat geldt ook indien aangevoerd wordt dat de vervolgingsbeslissing een schending zou opleveren van het recht op een eerlijk proces, omdat het opportuniteitsbeginsel zonder meer met artikel 6 EVRM verenigbaar zou zijn.<sup>38</sup> Het Ministère public blijft daarmee vrij om de opportuniteit van de vervolging te beoordelen en bovendien de modaliteit waarmee een zaak wordt afgedaan.<sup>39</sup> Dat neemt niet weg dat opsporingshandelingen wel aan fundamentele rechtsbeginselen kunnen worden getoetst, zoals het loyaliteitsbeginsel, dat vooral een verbod van détournement de pouvoir in de vorm van uitlokking van strafbare feiten inhoudt.<sup>40</sup> In de doctrine erkent men wel het gevaar van willekeur en ongelijkheid.<sup>41</sup> Dat laat zien dat er wel een rol is weggelegd voor algemene rechtsbeginselen die het optreden van de strafvorderlijke overheid normeren, maar dat die werking zich niet uitstrekt over de beslissing tot vervolging.

De situaties in het Engelse, Duitse en Franse strafrecht zijn vrijwel niet te vergelijken met het Nederlandse recht, waar de vervolgingsbeslissing op zijn verenigbaarheid met de beginselen van een goede procesorde kan worden getoetst door de zittingsrechter. Het Engelse recht komt daar nog het dichtst bij in de buurt, met een toetsingsmogelijkheid aan *mala fides*, *dishonesty* of uitzonderlijke omstandigheden. De Nederlandse beginselen – het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het verbod van willekeur en het gebod van

---

34 Daarover reeds Th. Weigend, *Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht*, Baden-Baden: Nomos 1978, p. 17-24.

35 B. Heinrich, 'Die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Anklageerhebung', *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1996, p.110-115.

36 BVerfG 8 mei 1979, 2 BvR 782/78, NJW 1979, 1591; BVerfG 23 juli 1982, 2 BvR 8/82, NSStZ 1982, 430.

37 Cass.crim. 21 mei 1979 (Bull.crim. n° 178 p. 494).

38 Cass.crim. 21 september 1993 (Gaz.Pal. 1993 II somm. 573).

39 Cass.crim. 28 februari 2007 (Gaz.Pal. 12 mai 2007, no. 132).

40 S. Guinchard & J. Buisson, *Procédure pénale*, Paris: LexisNexis 2014, p. 504-511.

41 S. Guinchard & J. Buisson, *Procédure pénale*, Paris: LexisNexis 2014, p. 858-859.

zuiverheid van oogmerk – vertonen wel overeenkomsten met beginselen van Unierecht, hoewel het daarbij ook om aanvullende uitgangspunten gaat zoals proportionaliteit en fundamentele rechten.

Het verbod van onevenredigheid lijkt zich te mogen verheugen in de breedste belangstelling. De Nederlandse Hoge Raad erkent een beginsel van redelijke en billijke belangenafweging, ook wel bekend onder de benaming van verbod van willekeur, dat gelijkenis vertoont met een evenredigheidstoets.<sup>42</sup> Het criterium van de uitzonderlijke omstandigheden, dat de Engelse rechter in *Kebeline* erkend heeft, lijkt hiermee in de pas te lopen. Desondanks moet dit niet worden gelijkgeschakeld met een 'Wednesbury unreasonableness-test', waarin moet worden afgewogen of de beslisser irrelevante gezichtspunten heeft betrokken bij zijn besluit, relevante gezichtspunten heeft achterwege gelaten of een besluit heeft genomen dat dusdanig onredelijk is dat het nooit genomen zou worden door een redelijk handelende autoriteit.<sup>43</sup> De overeenkomst lijkt wel te zijn dat, wanneer de omstandigheden van het geval zo buitengewoon zijn dat een redelijk handelend lid van het OM niet tot vervolging had kunnen overgaan, het OM niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Zelfs het Duitse Bundesverfassungsgericht lijkt ruimte te zien om de vervolgingsbeslissing te toetsen wanneer daaraan 'Sachfremde, willkürliche Erwägungen' ten grondslag lagen.<sup>44</sup>

Het vertrouwensbeginsel kan ook met enige moeite worden teruggevonden in meerdere rechtsstelsels, zowel wanneer het gaat om uitspraken van autoriteiten met betrekking tot een concrete strafzaak, als om algemene instructies van de vervolgingsautoriteiten. In Nederland speelt bij het eerste type met name de vraag welke autoriteiten uitspraken kunnen doen waarop gerechtvaardigd mag worden vertrouwd.<sup>45</sup> Bij het tweede type gaat het in de Nederlandse situatie om de publicatie van beleidsregels en de (on)voorwaardelijkheid waarmee deze zijn geformuleerd.<sup>46</sup> In *Kebeline* oordeelde het Engelse House of Lords over de betekenis van de aanstaande inwerkingtreding van de Human Rights Act voor de strafbaarstelling van een bepaald terroristisch misdrijf, en of de eventuele onverenigbaarheid van de strafbaarstelling met artikel 6 EVRM betekende dat een vervolgingsbeslissing voor dat misdrijf een schending van

42 HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4280, NJ 2013/109, m.nt. T.M. Schalken; HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:15, NJ 2014/122.

43 J. Rogers, 'Restructuring the Exercise of Prosecutorial Discretion in England', *Oxford Journal of Legal Studies* 2006, p. 775-803, p. 798. Zie *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

44 BVerfG 23 juli 1982, 2 BvR 8/82, NStZ 1982, 430., r.o. 1.a).aa).

45 Zoals in Nederland aan de orde in de Checkpoint-zaak: HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7, NJ 2013/563, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

46 Hetgeen kan leiden tot vragen omtrent de interpretatie van beleidsregels, zoals in HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX4991, NJ 2012/642. De maatstaf om over niet-ontvankelijkheid te beslissen is in ieder geval niet de maatstaf die besloten ligt in art. 359a Sv, maar een toetsing aan de beginselen van een goede procesorde: HR 3 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3452, NJ 2012/346.

gerechtvaardigd vertrouwen zou opleveren. Dat was volgens het House of Lords niet het geval, omdat de wetgever opzettelijk enkele bepalingen van de Human Rights Act nog niet in werking had laten treden, en dat de wil van de wetgever een beroep op opgewekt vertrouwen doorkruist.<sup>47</sup> De rechter mag in ieder geval wel toetsen of de vervolgingsbeslissing duidelijk afwijkt van een vaste beleidslijn van de *Director of Public Prosecutions*.<sup>48</sup> Ook individuele toezeggingen kunnen leiden tot een *stay of proceedings*.<sup>49</sup> Ook in Duitsland kan het vertrouwensbeginsel een rol spelen in de beoordeling van het optreden van het Openbaar Ministerie rondom de afdoening van strafbare feiten op grond van § 153 en 153a StPO. De gelding van het vertrouwensbeginsel wordt afgeleid uit § 20 Abs. III GG. Ook bij het nakomen van procesafspraken op grond van § 257c StPO kan het vertrouwensbeginsel relevant zijn en zelfs sterke bescherming bieden. Zo wordt aangenomen dat zelfs afspraken waar geen wettelijke grondslag voor is, toch op grond van opgewekt vertrouwen een bindende werking kunnen verkrijgen.<sup>50</sup>

Het verbod van *détournement de pouvoir*, ofwel het gebod van zuiverheid van oogmerk, vindt zoals hierboven reeds opgemerkt vanzelfsprekend toepassing in de opsporingsfase en is daarvoor waarschijnlijk van meer belang dan voor de vervolgingsbeslissing.<sup>51</sup> Wanneer het in de vervolgingsfase relevant is, zal het verband houden met de keuze voor een bepaalde afdoeningsmodaliteit waarbij irrelevante argumenten hebben meegespeeld.<sup>52</sup> Tot op zekere hoogte kan het verbod van *détournement de pouvoir* wellicht ook worden gelijkgesteld met het verbod op misbruik van recht, en omvat het ook de gevallen van *mala fides* en *dishonesty* die in *Kebeline* worden genoemd. Een relevantere categorie, zeker in de Europese context, betreft het gelijkheidsbeginsel.

## 5.5 GELIJKHEID

Het beginsel dat allen gelijk zijn voor de wet is ogenschijnlijk een beginsel dat zich goed leent voor toepassing in de rechtspleging. In het Nederlandse recht wordt erkend dat een vervolgingsbeslissing in strijd met het gelijkheids-

---

47 Lord Steyn in *R v. Director of Public Prosecutions, Ex Parte Kebeline and Others*, UKHL 43; [2000] 2 AC 326; [1999] 3 WLR 972; [2000] *Crim LR* 486.

48 *R v Chief Constable of Kent and another, ex parte L*, (1991) 93 Cr App R 416.

49 Zoals in de geruchtmakende zaak van de 'IRA on-the-run letters': Justice Sweeney's oordeel van 21 februari 2014 in de strafzaak tegen John A. Downey vanwege de bomaanslag in Hyde Park. Dit rechtsgevolg is eerder een uitvloeisel van *abuse of process*: *R v Abu Hamza* [2007] 1 Cr. App. R. 27, par. 50.

50 BGH 4 augustus 2010, HRRS 2010, nr. 847, m.nt. F. Meyer.

51 In die zin ook G.J.M. Corstens/M.J. Borgers (bew.), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p.58.

52 HR 1 juli 1982, ECLI:NL:HR:1982:AB7655, NJ 1983/67.

beginsel tot niet-ontvankelijkheid kan leiden, hoewel rechters zelden tot het oordeel komen dat dit het geval is.<sup>53</sup> Het uitgangspunt is dat het OM in ieder geval niet het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden wanneer er vele overeenkomstige gevallen zijn waarin het niet tot vervolging overgaat.<sup>54</sup> Ook wanneer er door het OM wordt gekozen om slechts een beperkt aantal betrokkenen bij een bepaald feitencomplex te vervolgen leidt dat in beginsel niet tot schending van het gelijkheidsbeginsel,<sup>55</sup> zoals recent nog onderschreven door de Hoge Raad.<sup>56</sup> De reden daarvoor kan zijn dat de rechter aan wie de zaak wordt voorgelegd noodzakelijkerwijs de andere zaken niet beoordeelt, en dus ook de eventuele gelijkheid niet kan beoordelen.<sup>57</sup> Soms wordt de eventuele ongelijkheid ook benaderd vanuit het verbod van willekeur.<sup>58</sup> In het Tuindersfraude-arrest,<sup>59</sup> dat meestal als voorbeeld wordt genoemd van een geval waarin de Hoge Raad zich uitlaat over het gelijkheidsbeginsel, wordt strikt genomen slechts het oordeel van het Hof in stand gelaten dat de schending van het gelijkheidsbeginsel ook een schending van het verbod van willekeur oplevert. Cassatieberoepen worden daarnaast wel verworpen door te wijzen op de antidiscriminatiebepalingen van het EVRM, die de vervolgingsbeslissing niet onrechtmatig zouden maken.<sup>60</sup> Daarnaast kan er ongelijkheid optreden doordat een (plaatselijke) wetgever bepaalde keuzes maakt bij de inrichting van de delictsomschrijving, omdat daardoor bepaalde groepen anders behandeld worden dan andere groepen. Dat is echter niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel.<sup>61</sup> Wat gevoeliger ligt dit wanneer het om beleidskeuzes gaat, maar ook dan lijkt er geen sprake te zijn van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld.<sup>62</sup> Zelfs wanneer het OM een medeverdachte in strijd met beleidsregels een transactie oplegt in plaats van dagvaardt, is er geen strijd met het gelijkheidsbeginsel.<sup>63</sup> De Hoge Raad legt de lat dus hoog. Dat is niet altijd terug te vinden in de feitenrechtspraak. Er zijn zowel voorbeelden van

53 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers (bew.), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 56-57.

54 HR 24 juni 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6936, NJ 1981/659, m.nt. J.A.B.; HR 18 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5207, NJ 2002/318.

55 HR 7 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB9793, NJ 1986/829; HR 10 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC1287, NJ 1987/950; HR 27 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9379, NJ 1987/29; HR 26 april 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0291, NJ 1989/37; HR 8 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC0551, NJ 1992/156; HR 16 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2525, NJ 1996/527; HR 2 feb 1999, NJ 1999/554, m.nt. T.M. Schalken.

56 HR 11 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:286, NJ 2014/137.

57 HR 20 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0003, NJ 1988/473.

58 HR 10 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1229, NJ 1989/ 621.

59 HR 22 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1509, NJ 1992/282, m.nt. 't Hart (*Tuindersfraude*).

60 HR 30 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5728, NJ 1989/883.

61 HR 6 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8633, NJ 1991/218, m.nt. 't Hart (*Tippelverbod Heerlen*); HR 21 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1410, NJ 1991/728, m.nt. ThWvV; HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0144, NJ 1997/320; *Gemeentestem* 1997, afl. 7057.

62 HR 13 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC8319, NJ 1998/407.

63 HR 18 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1459, NJ 1999/578.

niet-ontvankelijkheid in situaties waar meerdere vergelijkbare zaken verschillend zijn afgedaan<sup>64</sup> als zaken waarin niet alle verdachten gelijk zijn behandeld.<sup>65</sup> Ten dele zou dat echter kunnen worden teruggevoerd op de opstelling van het OM ter zitting.<sup>66</sup>

Anders dan het Nederlandse Wetboek van Strafvordering bevat de Franse Code de procédure pénale een expliciete verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel. Als onderdeel van de inleidende bepaling van de Code wordt verwezen naar het beginsel van gelijkheid voor de wet: 'Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.' Dat gelijke rechtsregels op gelijke gevallen van toepassing zijn, betekent echter nog niet dat ook de beslissingen die in die gevallen worden genomen gelijk moeten zijn. Die consequentie trekt men in Frankrijk in ieder geval niet uit het gelijkheidsbeginsel, en men baseert zich daarbij op de discretionaire vrijheid die het opportuniteitsbeginsel aan het Openbaar Ministerie biedt.<sup>67</sup> De verwijzing in de Code heeft een constitutionele achtergrond: ook de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* van 1789 verzekert in artikel 6 de gelijkheid van allen voor de wet. In het strafrecht wordt dit beginsel veeleer bewaakt door te bevorderen dat de strafbaarstellingen in abstracte zin niet een bepaalde, te beperkte groep burgers als normadressaat hebben. De Conseil Constitutionnel kan een strafbaarstelling ongrondwettelijk verklaren wanneer deze strafbaarstelling, zonder dat daarvoor in de doelstellingen van de wet die de strafbaarstelling bevat een voldoende rechtvaardiging aanwezig is, onderscheid maakt in de omvang van de strafbaarheid tussen verschillende groepen.<sup>68</sup> Op die manier wordt ook de verwezenlijking van het gelijkheidsbeginsel nagestreefd, maar dan door rechterlijke<sup>69</sup> controle mogelijk te maken op het normadressaatschap van de strafbaarstellingen.

In het Duitse rechtssysteem trekt men uit de aanvaarding van het gelijkheidsbeginsel wel de conclusie dat een opportuniteitsbeginsel daarmee in strijd zou zijn. Men baseert de keuze voor een legaliteitsbeginsel onder meer op het beginsel van gelijkheid van allen voor de wet, zoals dit is neergelegd in § 3 GG.<sup>70</sup> Het gelijkheidsbeginsel geldt dan niet als maatstaf voor marginale controle, maar bepaalt reeds dat er in het geheel geen beleidsvrijheid mag bestaan.

---

64 Rb. Roermond 26 februari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL7241.

65 Rb. Midden-Nederland 4 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1934.

66 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4424.

67 Cass.crim. 28 februari 2007 (Gaz.Pal. 12 mai 2007, no. 132).

68 Conseil Constitutionnel 9 september 2011, ECLI:FR:CC:2011:2011.161.QPC, Journal officiel du 10 septembre 2011, p. 15274 ; Conseil Constitutionnel 20 juli 2012, ECLI:FR:CC:2012:2012.266.QPC, Journal officiel du 21 juillet 2012, p. 12001.

69 Strikt genomen administratieve, daar de Conseil Constitutionnel als een administratief orgaan wordt beschouwd.

70 S. Döhring, *Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?* (diss. Passau), Frankfurt am Main: Lang 1999, p. 64-68.

Een consequentie daarvan is dat er ook geen behoefte is aan rechterlijke controle op de invulling van de vervolgingsbeslissing, nu de beleidsvrijheid daarbij minimaal is en de beslissing daarmee ook niet door rechterlijke inmening binnen de perken hoeft te worden gehouden. Desondanks zijn er natuurlijk gevallen waarin vervolgd wordt terwijl in soortgelijke gevallen voor een onvoorwaardelijk sepot is gekozen wegens het ontbreken van een algemeen belang dat met strafvervolgning gediend zou zijn. Wanneer in een dergelijk geval wordt aangevoerd dat de ingestelde strafvervolgning achterwege had moeten blijven, toetst het Bundesverfassungsgericht de vervolgingsbeslissing niet uitdrukkelijk aan het gelijkheidsbeginsel, maar aan het verbod van willekeur en de algemene rechtsstaatgedachte, en komt het tot de conclusie dat deze niet geschonden zijn.<sup>71</sup> Daarnaast is er volgens het Bundesverfassungsgericht geen inbreuk op de rechten van de verdachte wanneer door het Openbaar Ministerie geen strafvervolgning wordt ingesteld tegen andere verdachten die zich in soortgelijke situaties bevinden, omdat de verdachte noch uit het gelijkheidsbeginsel, noch uit het algemene persoonlijkheidsrecht van § 2 GG een aanspraak kan ontlenen op het jegens hem achterwege blijven van vervolgings- of opsporingshandelingen wanneer niet tegelijkertijd tegen anderen die zich in vergelijkbare situaties bevinden wordt opgetreden.<sup>72</sup>

In Engeland en Wales, waar een ruime beleidsvrijheid geldt in de vervolgingsbeslissing, is nauwelijks een mogelijkheid om die beslissing vanwege schending van het gelijkheidsbeginsel te vernietigen. Als gezegd leiden volgens de *Kebline*-rechtspraak alleen *mala fides*, *dishonesty* en uitzonderlijke omstandigheden tot een *stay of proceedings*. Volgens Rogers zou daar echter ook het geval onder begrepen kunnen worden waarin er een beleid is van selectieve vervolging, en waar de vervolgingsbeslissing duidelijk afwijkt van dat beleid. Het betreft dan een schending van het gelijkheidsbeginsel die in feite ook zou kunnen worden gezien als een schending van het vertrouwensbeginsel.<sup>73</sup> Maar er zijn ook andere manieren om de gelding van het gelijkheidsbeginsel te verstevigen: de Crown Prosecution Service heeft een 'Equality and Diversity statement' gepubliceerd dat mede betrekking heeft op de vervolgingspraktijk.<sup>74</sup>

Hierboven is erop gewezen dat in Frankrijk de vervolgingsbeslissing in de rechtspraak veel terughoudender wordt benaderd dan in Nederland. Het opmerkelijke aan de terughoudendheid die uit de Franse strafrechtspraak blijkt, is dat de beginselen van een goede procesorde, die in Nederland gebruikt worden om de vervolgingsbeslissing marginaal te toetsen, via het Nederlandse

71 BVerfG 8 mei 1979, 2 BvR 782/78, NJW 1979, 1591.

72 BVerfG 23 juli 1982, 2 BvR 8/82, NStZ 1982, 430.

73 J. Rogers, 'Restructuring the Exercise of Prosecutorial Discretion in England', *Oxford Journal of Legal Studies* 2006, p. 775-803, p. 798.

74 'Crown Prosecution Service Equality and Diversity Statement', te vinden op [www.cps.gov.uk](http://www.cps.gov.uk).

bestuursrecht uit Frankrijk afkomstig zijn.<sup>75</sup> Men zou dus kunnen verwachten dat die beginselen ook reeds in de Franse traditie gebruikt konden zijn om de vervolgingsbeslissing te toetsen. Tussen het bestuursrecht en het strafrecht bestaan in Frankrijk echter minder overeenkomsten dan in Nederland: het strafrecht wordt in Frankrijk niet, althans niet uitsluitend tot het publiekrecht gerekend. Daarom ligt het vanuit Frans perspectief ook minder voor de hand om algemene beginselen van behoorlijk bestuur over te nemen uit het bestuursrecht in het strafrecht. Vanuit het Franse bestuursrecht hebben deze algemene rechtsbeginselen echter wel invloed gehad op het Europese recht, mede omdat de Europese rechtsorde zich uitdrukkelijk laat inspireren door de gemeenschappelijke rechtsbeginselen van de lidstaten.<sup>76</sup> Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat in het Unierecht rechtsbeginselen kunnen worden gevonden die overeenkomen met algemene rechtsbeginselen in het Franse bestuursrecht, die ook in het Nederlandse bestuursrecht en strafrecht terugkomen.<sup>77</sup> Tegelijkertijd hebben die algemene rechtsbeginselen zich dus slechts mondjesmaat een plaats verschaft in het Franse strafrecht. De algemene beginselen van Unierecht vertonen daarnaast ook duidelijk verwantschap met enkele algemene rechtsbeginselen zoals die in de Duitse rechtsorde zijn ontwikkeld. Dat leidt ook tot de situatie dat over enkele beginselen van Unierecht discussie bestaat of deze nu meer beïnvloed zijn door het Franse dan wel door het Duitse recht.<sup>78</sup>

Het gelijkheidsbeginsel is in het recht van de Europese Unie, geheel onafhankelijk van de context van de vervolgingsbeslissing, buitengewoon sterk ontwikkeld. Het Hof van Justitie erkent een algemeen beginsel van gelijke behandeling en een verbod op discriminatie, en beschouwt dat als een uitdrukking van de meer specifieke verboden van discriminatie op grond van nationaliteit (nu art. 18 VWEU), discriminatie tussen producenten of consumenten (art. 40 VWEU) en van ongelijke beloning van mannen en vrouwen (art. 157 VWEU).<sup>79</sup> In de verdragen is het gelijkheidsbeginsel en verbod van non-discriminatie inmiddels vastgelegd (art. 2 VEU en 19 VWEU). Het gelijkheidsbeginsel kan relevant zijn voor vrijwel elk onderdeel van het Unierecht. Dit beginsel zou bijvoorbeeld horizontale rechtstreekse werking mogelijk kunnen maken

---

75 C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 250-259; P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 73-103.

76 T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 1-17.

77 Hoewel ook bepleit wordt dat tussen de beginselen van een goede procesorde en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aanmerkelijke verschillen bestaan: C.P.M. Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?', *Delikt en Delinkwent* 1990, p. 497-514.

78 Zie daarover met betrekking tot het proportionaliteitsbeginsel: F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

79 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 25 oktober 1978, C-103/77 (*Royal Scholten-Honig (Isoglucose)*), punt 26.



van richtlijnen waarvan de implementatietermijn nog niet is verstreken, maar waarvan de werking strijdig is met het beginsel van gelijke beloning in de arbeid.<sup>80</sup> Ook dienen nationale procedures waarlangs burgers de hun toekomende EU-rechten geldend willen maken gelijkwaardig te zijn aan de procedures waarmee zij nationale rechten kunnen handhaven: deze procedures mogen niet discrimineren tussen een nationale rechtsaanspraak en een Europeesrechtelijke.<sup>81</sup> Een complicerende factor is dat nationale rechtsregels die indirecte discriminatie zouden kunnen opleveren, in tegenstelling tot wanneer het gaat om directe discriminatie, objectief gerechtvaardigd kunnen zijn. Dit is slechts het geval wanneer deze rechtsregels worden toegepast op een niet-discriminerende wijze, gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om het doel wat ze nastreven te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk is.<sup>82</sup>

Voor de strafrechtelijke context kan van belang zijn welke interpretatie het Hof van Justitie aan het gelijkheidsbeginsel geeft in de context van het mededingingsrecht, waar het immers ook om punitieve handhaving gaat. Het Hof van Justitie houdt in mededingingszaken vast aan een geldigheid van het gelijkheidsbeginsel, dat inhoudt dat vergelijkbare situaties niet verschillend en ongelijke situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.<sup>83</sup> In gevallen waarin verschillende sancties zijn opgelegd kan het Hof van Justitie daarom tot de conclusie komen dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden omdat de situaties verschillend waren.<sup>84</sup> In de behandeling van de zaak kan het Hof van Justitie zelf een complexe beoordeling uitvoeren van de vergelijkbaarheid van situaties, die soms ook tot het oordeel leidt dat er een ongelijke behandeling is geweest.<sup>85</sup> Het Hof stelt eveneens dat het gelijkheidsbeginsel verenigbaar moet zijn met het legaliteitsbeginsel, ook wel aangeduid als het gebod van rechtmatig handelen.<sup>86</sup> Volgens het Hof van Justitie brengt het gelijkheidsbeginsel niet met zich mee dat een partij die vanwege een mededingingsrechtelijke overtreding is beboet, recht heeft op verlaging van het boetebedrag wanneer aan een andere partij in een vergelijkbare situatie ten onrechte een te lage boete is opgelegd.

80 HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*).

81 HvJ EG 16 december 1976, C-45/76 (*Comet*); HvJ EG 16 december 1976, zaak C-33/76 (*Rewe Zentralfinanz*).

82 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard*).

83 HvJ EU 14 september 2010, C-550/07 P (*Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie*).

84 HvJ EG 10 april 2014, gevoegde zaken C-231/11 P–C-233/11 P (*Siemens Österreich e.a./Commissie*).

85 HvJ EU 12 november 2014, C-580/12 P (*Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie*).

86 HvJ EU 17 september 2015, C-634/13 P (*Total Marketing Services SA/Commissie*). Deze samenhang tussen legaliteit en gelijkheid is overigens ook vaste jurisprudentie van het Hof buiten de mededingingscontext. Zie daarover HvJ EG 9 oktober 1984, 188/83 (*Witte/Parlement*); HvJ EG 4 juli 1985, 134/84 (*Williams/Rekenkamer*); HvJ EU 10 maart 2011, C-51/10 P (*Agencja Wydawnicza Technopol/BHIM*); HvJ EU 10 november 2011, C-259/10 (*Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs tegen The Rank Group plc*).

Het legaliteitsbeginsel verhindert namelijk dat iemand zich in zijn voordeel kan beroepen op een onrechtmatigheid die jegens een ander is begaan.<sup>87</sup> Wel is het in strijd met het gelijkheidsbeginsel om binnen de kaders die het mededingingsrecht biedt, en dus zonder een onrechtmatigheid te begaan, verschillende berekeningsmethoden te hanteren jegens de deelnemers aan eenzelfde kartel.<sup>88</sup> Het gelijkheidsbeginsel kan echter niet leiden tot het ontstaan van aanspraken op grond van een bestendig boetebeleid van de Europese Commissie; het is daardoor geen discriminatie wanneer de geldboete in een mededingingszaak enigszins afwijkt van hetgeen gebruikelijk is.<sup>89</sup> Eveneens verzet het gelijkheidsbeginsel zich niet tegen het gunstiger behandelen van een onderneming die meewerkt aan het onderzoek naar een kartel, omdat die gunstigere behandeling een legitiem doel nastreeft.<sup>90</sup>

## 5.6 CONCLUSIE

De introductie van een EOM, als hybride vervolgingsinstantie met een nationaal en een Europees mandaat, zal zonder twijfel tot ingewikkelde vragen aanleiding geven. De dubbele petten die gedelegeerde Europese officieren van justitie zullen krijgen, zullen niet in alle lidstaten evenveel spanning opleveren. Het eerste, Europese mandaat is voor alle gedelegeerde Europese officieren van justitie hetzelfde, maar tussen de nationale systemen bestaan grote verschillen. De Europese vervolgingsbeslissing laat slechts enige beleidsruimte open om te transigeren of zaken aan het nationale OM over te dragen. Daarom bestaan er vooral veel spanningen in lidstaten die in hun nationale stelsel veel beleidsvrijheid toekennen aan de officier van justitie en de uitoefening van zijn bevoegdheden onderwerpen aan rechterlijke en politieke controle. Veel onderwerpen worden door de oprichtingsverordening aan het nationale recht overgelaten, zoals grotendeels geldt voor de inkleding van rechterlijke toetsing. In lidstaten waarin een uitgebreid stelsel van rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing bestaat, is dat dus ook van toepassing op de vervolgingsbeslissing van het EOM, als dat besloten heeft om een zaak voor de nationale rechter te brengen. Daardoor wordt het EOM geconfronteerd met velerlei verschillende stelsels van rechterlijke controle die in meer of mindere mate mogelijkheden bieden om de vervolgingsbeslissing ter discussie te stellen. Omdat de vervolgingsbeslissing één van de weinige onderwerpen is die in de oprichtingsverordening uitgebreid wordt geregeld, valt te verwachten dat rechters ten aanzien

---

87 HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P (*Evonik Degussa en AlzChem/Commissie*).

88 HvJ EU 19 juli 2012, C-628/10 P en C-14/11 P (*Alliance One International en Standard Commercial Tobacco*).

89 HvJ EU 19 april 2012, C-549/10 P (*Tomra e.a./Commissie*); HvJ EU 10 juli 2014, C-295/12 P (*Telefónica en Telefónica de España/Commissie*).

90 HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P (*Schindler Holding e.a./Commissie*).

van hun bevoegdheid tot toetsing daarvan op lastige vragen zullen stuiten. Dat geldt dus met name voor lidstaten die de vervolgingsbeslissing op een andere manier, met meer beleidsvrijheid, inrichten.

Vanuit de nationale rechter bezien is het wellicht logisch om het nationale recht toe te passen ten aanzien van de beslissingen van het EOM, maar die vervolgingsinstantie zelf heeft belang bij een helder kader waaraan zijn optreden wordt getoetst. Kan een eenduidig geheel van standaarden worden gevonden in de maatstaven waarmee nationale rechters controle uitoefenen op de beslissing tot het instellen van vervolging? En vertonen die maatstaven wellicht overeenstemming met beginselen van Unierecht? Als dat het geval is, kan een eenduidig geheel van standaarden worden geïdentificeerd dat zowel in het recht van de lidstaten als in het recht van de Europese Unie gegrond is. Dat zou kunnen bestaan uit fundamentele beginselen van procesrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel. In de lidstaten zijn op dat punt echter aanzienlijke verschillen waarneembaar. In het Duitse recht is het vrijwel uitgesloten dat de beslissing tot vervolging getoetst wordt door de zittingsrechter, en het gelijkheidsbeginsel ligt daarbij zeker niet voor de hand. De Engelse Crown Prosecution Service bevordert intern wel de gelijkheid in het vervolgingsbeleid, maar ook daar is weinig ruimte voor rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing, tenminste niet aan het gelijkheidsbeginsel. In Frankrijk kan het gelijkheidsbeginsel meer in materiële zin verwerkt worden in een bewaking van de mate waarin de strafwet zich tot alle burgers richt. De Nederlandse rechtspraak, althans die van de Hoge Raad, laat zien dat het toetsing aan het gelijkheidsbeginsel wel mogelijk is, maar vrijwel nooit slaagt. In het Unierecht is er in de rechtspraak in mededingingszaken interessant vergelijkingsmateriaal voorhanden, omdat het Hof van Justitie ook de handhavingsbesluiten van de Commissie aan het gelijkheidsbeginsel toetst. Wat opvalt is dat in die mededingingsrechtspraak en in de literatuur en strafrechtspraak in de lidstaten veel vergelijkbare gedachten rondom het gelijkheidsbeginsel een rol spelen. In beginsel dienen gelijke zaken gelijk te worden behandeld en ongelijke zaken niet gelijk, tenzij daar een rechtvaardiging voor is. Overbekend is uiteraard dat rechters zelden tot het oordeel komen dat zaken gelijk zijn, maar desondanks is dat niet uitgesloten. Wanneer een ander op onrechtmatige wijze gunstiger wordt behandeld, vloeit daar nooit een aanspraak uit voort om net zo gunstig behandeld te worden. Het meest kansrijk lijken zaken te zijn waarin de aanspraak mede gebaseerd is op beleidskeuzes, zodat het gelijkheidsbeginsel enigszins vermengd wordt met het vertrouwensbeginsel. Ook een koppeling met het verbod van willekeur ligt voor de hand. Wat niet snel willekeurig dan wel ongelijk is, is het maken van een keuze tussen meerdere verdachten, of in het algemeen het voeren van een enigszins selectief beleid dat erin resulteert dat niet tegen iedereen handhavend wordt opgetreden. In ieder geval zijn tussen de Nederlandse rechtspraak en de Europese mededingingsjurisprudentie overeenkomsten te zien, waarbij de Europese rechters de lat iets

minder hoog lijken te leggen en wat vaker een schending van het gelijkheidsbeginsel zien.

Wanneer nationale rechters prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kunnen stellen inzake de geldigheid van handelingen van het EOM, waaronder de beslissing tot vervolging, is het niet denkbeeldig dat het Hof zal willen aansluiten bij de rechtspraak in mededingingszaken. Als dat het geval is zal dat in de Nederlandse strafrechtspraktijk niet tot grote verrassingen leiden op het punt van rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Wellicht zou de toetsing iets aangescherpt kunnen worden. Of het Hof hierover uitspraken zal willen doen die de toetsingsbevoegdheid van de nationale rechters zal sturen, is echter zeer de vraag. Rechters in andere lidstaten hebben geen of minder ervaring met een dergelijke toetsingsbevoegdheid. Deze zullen dus niet snel hierover vragen stellen en het ligt ook niet voor de hand om deze daartoe aan te zetten. Het levert ook een wonderlijke situatie op wanneer rechters wel de vervolgingsbeslissing van het EOM mogen toetsen, maar niet die van het nationale OM. Ook vanuit die gedachte komt het gelijkheidsbeginsel niet direct in aanmerking om te gebruiken als maatstaf bij de rechterlijke toetsing van vervolgingsbeslissingen van het toekomstige EOM.